

Posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes en el Código Civil y Comercial

- A) Por declaración en el acta de matrimonio
- B) Por convención matrimonial previa o posterior al matrimonio

Natalio P. Etchegaray

RESUMEN

El Código Civil y Comercial, al introducir en nuestro derecho la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, les permite a los cónyuges que opten por este contratar libremente entre ellos, administrar y disponer de los bienes que cada uno adquiera a partir de esa decisión, con la única excepción del inmueble donde estuviera radicada la vivienda familiar o que se tratara de un inmueble afectado al régimen de vivienda. Los futuros cónyuges pueden formular su opción por el régimen de división de bienes mediante una simple declaración efectuada en el acto del matrimonio o por previa escritura pública de convención matrimonial. Después de un año de haber contraído matrimonio, los cónyuges pueden modificar el régimen de bienes conyugales, pero en ese caso solo podrán realizarlo por escritura pública de convención matrimonial, la que deberá registrarse al margen de la partida de matrimonio. Si al celebrarse el matrimonio no se optare por el régimen de separación de bienes, se aplicará de pleno derecho el régimen de comunidad de gananciales.

PALARAS CLAVE

Convención matrimonial, régimen de división de bienes matrimoniales, registración, donaciones entre futuros cónyuges, contratación entre cónyuges, vivienda familiar, poderes entre cónyuges.

Fechas de recepción y aceptación

18/8/2018 - 19/9/2018

Sumario: 1. Dos nuevas figuras: la convención matrimonial y el régimen de separación de bienes. 2. Momentos y formas en las que puede expresarse la opción por el régimen matrimonial de separación de bienes y su registración. 3. Otorgamiento y contenido de la convención matrimonial. 4. Consecuencias jurídicas del régimen de división de bienes. 5. Régimen de las donaciones por razón del matrimonio. 6. La opción por el régimen de división de bienes matrimoniales no implica necesariamente la partición de los bienes de la comunidad ganancial. 7. Conclusiones.

1. Dos nuevas figuras: la convención matrimonial y el régimen de separación de bienes

Entre las novedades legislativas que trajo el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) a partir de su vigencia el 1 de agosto de 2015, se destaca la creación, en el libro segundo “Relaciones de familia”, título II “Régimen patrimonial del matrimonio”, de las figuras jurídicas de la **convención matrimonial** (capítulo 1 “Disposiciones generales”, sección 1ª “Convenciones matrimoniales”, arts. 448-450) y del **régimen de separación de bienes** (capítulo 3 “Régimen de separación de bienes”, arts. 505-508).

2. Momentos y formas en las que puede expresarse la opción por el régimen matrimonial de separación de bienes y su registración

Los momentos y las formas en los que pueden los cónyuges expresar su decisión de optar por el régimen de separación de bienes han sido aplicados con diferentes criterios interpretativos por las autoridades de los Registros Civiles de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires. En la primera, se autoriza a formular la opción directamente en el acta de matrimonio o por previa convención matrimonial por escritura pública. En la Provincia, se admite exclusivamente esta segunda forma.

Parece oportuno aclarar esta situación frente al artículo 420 CCCN, que, al detallar los contenidos del acta de matrimonio, exige que consten declaraciones de los cónyuges sobre dos temas, que separa nítidamente: 1) en el inciso i), pide la declaración de los cónyuges sobre si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso de haberse celebrado, la fecha y el registro notarial en el que se otorgó; 2) en el inciso j), pide la declaración de los cónyuges sobre si se ha optado por el régimen de separación de bienes. No queda entonces duda de que el régimen de separación de bienes y las convenciones matrimoniales constituyen dos figuras que, aunque complementarias, son independientes.

El CCCN establece que cuando los otorgantes ya han contraído matrimonio y deseen optar por el régimen de separación de bienes, esa opción se otorgue únicamente en escritura pública por vía de convención matrimonial y se inscriba marginalmente en el acta de matrimonio (art. 449). Y también expresa que los futuros cónyuges tienen la posibilidad de elegir entre efectuarla previamente al matrimonio mediante convención matrimonial por escritura pública (arts. 448 y 420 inc. i) o, a su elección, directamente en el acto de celebración del matrimonio, dejándose constancia en el acta respectiva (art. 420 inc. j).

¿Qué diferencia de calidad, en cuanto a autenticidad documental, puede tener la opción sobre el régimen de bienes en el matrimonio que se formule ante notario en una convención matrimonial previa, con la que se efectúa ante el oficial público a cargo de la oficina del Registro Civil? Me atrevo a contestar que no la hay. En ambas, ya fuera ante un escribano o un funcionario público, se extiende un instrumento público con los requisitos que establecen las leyes. Puedo concluir entonces que la opción por el régimen de separación de bienes se puede expresar:

- a) Antes de contraer matrimonio: **por convención matrimonial en escritura pública**, que debe hacerse constar en el acta de matrimonio (arts. 448 y 420 inc. i).

- b) En el acto del matrimonio: **con constancia en el acta respectiva** (art. 420 inc. j).
- c) Con posterioridad al matrimonio pero no antes de transcurrido un año de su celebración: **por convención matrimonial en escritura pública**, que debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio (art. 449).

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 7 CCCN, “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Esta posibilidad la tienen también los cónyuges que hubieran contraído matrimonio antes del 1 de agosto de 2015.

3. Otorgamiento y contenido de la convención matrimonial

El otorgamiento de la convención matrimonial se basa en un sistema muy ágil, simple y económico, de gran descentralización burocrática y paralela centralización administrativa: basta que los futuros cónyuges o los que ya lo fueran con más de un año de matrimonio concurren ante un notario y este redacte en escritura pública su declaración conjunta sobre alguno de los cuatro puntos que, según el artículo 446 CCCN, pueden ser objeto de la convención:

- a) **Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio** o de los que posee si la convención se otorgase por un matrimonio ya constituido, se tratare de bienes propios o gananciales.
- b) **Enunciación de las deudas** que cada cónyuge tuviere a la fecha del matrimonio.
- c) **Detalle de las donaciones que se hagan entre ellos.**
Este apartado se aplica solo a las convenciones entre futuros esposos, ya que, a quienes otorguen una convención matrimonial luego de transcurrido un año del matrimonio, el solo hecho de efectuar la opción por el régimen de separación de bienes les otorga la posibilidad de realizar entre ellos el contrato de donación (art. 1002 CCCN).
- d) **La opción que hagan los cónyuges por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código** (el régimen de separación de bienes o el de comunidad de gananciales).

Se debe tener presente entonces que el texto de la convención matrimonial solamente puede tratar sobre las materias referidas en alguno o algunos de los cuatro incisos o a todos ellos, pero no se la podrá hacer sobre cualquier otro tema de interés conyugal. En caso de omitirse la opción sobre el régimen patrimonial, obligatoriamente el matrimonio se regirá, o continuará rigiéndose en su caso, por el sistema de comunidad de gananciales.

4. Consecuencias jurídicas del régimen de división de bienes

4.1. Constituye, en principio, un “divorcio” patrimonial “exprés”. Puede decirse que, en principio, la adopción del régimen de división de bienes equivale para los cónyuges a un “divorcio” patrimonial “exprés”, ya que solamente conservan para el futuro el víncu-

lo matrimonial y su recíproco derecho sucesorio. Se forma una nueva masa de bienes conyugales: los personales, que pueden ser administrados y dispuestos libremente por el cónyuge que los adquiriera.

El artículo 505 CCCN considera personales a los bienes que adquirieran cada uno de los cónyuges o en condominio entre ambos luego de convenida la opción por el régimen de separación de bienes. Esta denominación también se utiliza para calificar a los bienes que se adjudica cada cónyuge en la partición de la comunidad de gananciales. Estos bienes personales y los propios serán **los únicos que cada uno de los cónyuges podrá administrar y disponer libremente** sin necesidad de asentimiento o conformidad alguna del otro, excepto que el inmueble fuera la sede de la vivienda familiar o se hubiera afectado al régimen de vivienda, antiguo bien de familia (arts. 456 y 250 CCCN).

4.2. Sin embargo, se le aplican las disposiciones restrictivas que son comunes a todos los regímenes matrimoniales. A estos bienes, al igual que a los que conserven en comunidad los cónyuges divorciados, se les aplican las disposiciones contenidas en los artículos 454 a 462 del CCCN, que el propio Código titula como “disposiciones comunes a todos los regímenes” y que son inderogables por convención de los cónyuges tanto anterior como posterior al matrimonio, salvo expresa disposición legal en contrario (art. 454).

4.3. Deber de contribución. Estos bienes responden, en proporción a los recursos de cada cónyuge, por las deudas surgidas de su propio sostenimiento, así como el del hogar y de los hijos comunes; y esa responsabilidad se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad o con capacidad restringida de ambos cónyuges o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, computándose asimismo el trabajo de un cónyuge en el hogar como contribución a la comunidad de gananciales (art. 455 CCCN).

4.4. Como en el régimen de comunidad de gananciales, se requiere el asentimiento del otro cónyuge para disponer de la vivienda familiar, sus muebles indispensables y el traslado de estos. La opción por el régimen de separación de bienes no alcanza a derogar la aplicación de los límites impuestos por el artículo 456 CCCN:

Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella.

El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. Respecto de las **cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente cada uno de los cónyuges**, puede este celebrar válidamente con terceros de buena fe actos de administración y disposición onerosa, excepto que se trate de objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión, o de los citados muebles indispensables del hogar (art. 462). En estos casos se reitera la posibilidad para el otro cónyuge de de-

mandar la nulidad en las mismas circunstancias y plazos indicados en el artículo 456 CCCN.

Como consecuencia del principio esencial, primario y general de protección de la vivienda familiar que trae el Código, queda claro que, aunque se hubiera optado por el régimen de separación de bienes, el inmueble donde está asentada la vivienda familiar no podrá ejecutarse por deudas contraídas después de celebrado el matrimonio, excepto que lo haya sido por deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro (art. 456, último párrafo). Esta disposición establece una suerte de afectación de hecho al régimen de vivienda –antes, bien de familia– sin necesidad de afectación expresa previa, que solo pierde virtualidad por decisión conjunta de ambos cónyuges o asentimiento del no titular a la decisión del titular.

Este principio de protección de la vivienda familiar es el que fundamenta la invalidez legal del poder conferido por un cónyuge no titular a su cónyuge titular para que en su nombre dé el asentimiento para la disposición del inmueble donde se asienta la vivienda familiar (art. 459 CCCN). Empero, si en el poder se explicitan los elementos constitutivos del negocio autorizado, este se convierte en asentimiento por imperio del artículo 384 CCCN, al reunir los elementos requeridos por el artículo 457. Excepto este caso de la vivienda familiar, los cónyuges pueden otorgar, el uno al otro, poder para darse el asentimiento en todo tipo de bienes, tanto propios como gananciales.

4.5. La opción por el régimen de separación de bienes les **permite a los cónyuges contratar entre sí al no aplicarse en ese caso la prohibición legal**. El nuevo Código cambió el régimen de contratación entre cónyuges que establecía el anterior Código Civil. Este enumeraba cada uno de los contratos prohibidos entre cónyuges (p. ej., compraventa, permuta, cesión, donación) y, ahora, el CCCN establece la prohibición total de contratar (art. 1002 inc. d.), con la única excepción del contrato de mandato, ya que autoriza el otorgamiento de poderes entre cónyuges para el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial les atribuye, excepto para darse a sí mismos el asentimiento en los casos de disposición del inmueble donde se asienta la vivienda familiar (art. 456 CCCN).

La prohibición legal de contratar queda sin efecto para los cónyuges que opten por el régimen de separación de bienes, otorgándoles una dinámica contractual inédita en nuestro derecho, que permite dejar de lado toda una batería de eufemismos legales que se utilizaban comúnmente para eludir los contratos prohibidos. La Ley 26994, portadora del nuevo Código, también reformó varios artículos de la Ley General de Sociedades 19550, entre los cuales amplió la posibilidad para los cónyuges de integrar todo tipo de sociedades, incluso las reguladas en la sección IV (art. 27 Ley 19550), es decir, las que no se constituyan con sujeción a los tipos que determina el capítulo II o que omitan requisitos esenciales o incumplan formalidades exigidas por la ley.

5. Régimen de las donaciones por razón del matrimonio

Como se señaló anteriormente, la convención matrimonial es la forma documental por la que los futuros cónyuges pueden hacerse donaciones entre sí (art. 446 inc. c CCCN). Esas donaciones solo producirán sus efectos si el matrimonio se celebra o si no es anulado en el futuro (art. 448). Una vez celebrado el matrimonio, estas donaciones se rigen por las disposiciones generales del contrato de donación (arts. 1542-1573).

El artículo 453 CCCN establece que la oferta de donación hecha por terceras personas a uno o a ambos de los futuros cónyuges queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año y que la sola celebración del matrimonio ocasiona su tácita aceptación si en el ínterin no se la hubiera revocado. Interpretando este artículo 453 se puede afirmar que aquel plazo resolutorio de un año no se aplica a las donaciones hechas entre sí por futuros cónyuges si transcurriera más de un año entre la firma de la convención y la posterior celebración del matrimonio.

6. La opción por el régimen de división de bienes matrimoniales no implica necesariamente la partición de los bienes de la comunidad ganancial

Uno de los inconvenientes que se planteó al inicio de la vigencia del régimen de división de bienes fue la importancia del costo económico que ocasionaría la inmediata partición y consecuente adjudicación de los bienes que eventualmente integraran la comunidad ganancial. Pronto, esa preocupación se disipó al confirmarse que, al igual que con respecto a la comunidad de gananciales de un matrimonio que se divorcia, la partición queda supeditada solamente a la voluntad de los esposos en realizarla, ya que pueden coexistir perfectamente sin liquidarse distintas comunidades gananciales de un primer, segundo o tercer matrimonio hasta que los excónyuges integrantes de cada una de esas comunidades decidan partirlas y adjudicarse los bienes que las integran, como de hecho se observa en la práctica diaria. En consecuencia, y con obvia menor posibilidad de conflicto de intereses, los cónyuges pueden mantener de tácito y común acuerdo la comunidad de bienes gananciales existente, sin perjuicio de haber optado, para el futuro, por el régimen de división de bienes mediante escritura pública de convención matrimonial. Incluso, y de acuerdo con el artículo 482 CCCN, pueden seguir el utilizando la figura jurídica del asentimiento del cónyuge no titular para disponer de los bienes gananciales no adjudicados.

7. Conclusiones

El Código Civil y Comercial, al introducir en nuestro derecho la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, les permite a los cónyuges que opten por este régimen contratar libremente entre sí (art. 1002 inc. d), administrar y disponer de los bienes que cada uno adquiera a partir de esa decisión, con la única excepción del inmueble donde estuviera radicada la vivienda familiar (art. 456) o si se tratare de un inmueble afectado al régimen de vivienda (art. 250).

Los futuros cónyuges pueden formular su opción por el régimen de división de bienes mediante una simple declaración efectuada en el acto del matrimonio o por previa escritura pública de convención matrimonial. Después de un año de haber contraído matrimonio, los cónyuges pueden modificar el régimen de bienes conyugales, pero, en ese caso, solo podrán realizarlo por escritura pública de convención matrimonial, la que deberá registrarse al margen de la partida de matrimonio. Si al celebrarse el matrimonio no se optare por el régimen de separación de bienes, se aplicará de pleno derecho el régimen de comunidad de gananciales.